

SOC.

CF

COUR DE CASSATION

Audience publique du 25 septembre 2019

Cassation partielle

M. CHAUVET, conseiller doyen faisant fonction de président

Arrêt n° 1297 F-D

Pourvoi n° X 18-14.398

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la société Fives maintenance, société par actions simplifiée, anciennement dénommée Cinetic service, dont le siège est [...],

contre l'arrêt rendu le 1er février 2018 par la cour d'appel de Paris (pôle 6, chambre 7), dans le litige l'opposant à M. L... G..., domicilié [...],

défendeur à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 9 juillet 2019, où étaient présents : M. Chauvet, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Marguerite, conseiller référendaire rapporteur, M. Pietton, conseiller, Mme Pontonnier, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Marguerite, conseiller référendaire, les observations de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de la société Fives maintenance, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. G... a été engagé en qualité de technicien supérieur à compter du 29 mai 2012 par la société MTO industries ; qu'il travaillait sur le site de la Poste d'Orly dans le cadre d'un contrat de maintenance conclu entre La Poste et son employeur ; que, ce marché ayant été attribué à la société Cinetic service, devenue Fives maintenance (la société), à compter du 1er février 2013, le salarié a été informé par la société MTO industries que son contrat de travail était transféré vers la société Fives maintenance et a signé un contrat de travail avec cette société ; qu'il a été licencié par lettre du 26 novembre 2013 et a été dispensé d'effectuer son préavis de deux mois ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale ;

Sur le premier moyen et le deuxième moyen, en ce qu'ils font grief à l'arrêt de condamner la société au paiement de sommes à titre d'astreintes et d'indemnité compensatrice de congés payés afférente :

Attendu que les cas d'ouverture invoqués et les reproches allégués sont sans concordance avec les chefs relatifs aux astreintes et à l'indemnité compensatrice de congés payés afférente ; que les moyens sont irrecevables de ces chefs ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt de juger que le contrat de travail du salarié lui a été transféré de plein droit, de la condamner au paiement de sommes à titre d'astreintes et d'indemnité compensatrice de congés payés afférente et à remettre au salarié une attestation pour Pôle emploi et un bulletin de salaire récapitulatif modifiés, alors, selon le moyen :

1°/ que le silence à l'affirmation d'un fait ne vaut pas à lui seul reconnaissance de ce fait ; qu'en l'espèce, en retenant que le salarié n'était pas contredit quand il affirmait qu'en principe les astreintes auraient dû être réalisées par deux salariés comme antérieurement au 1er mars 2013, la cour d'appel a violé l'article 1315 du code civil dans sa version antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ;

2°/ que l'astreinte définie comme la période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise, doit faire l'objet d'une compensation pour le salarié ; qu'en l'espèce, l'employeur faisait valoir que le salarié avait été indemnisé de l'ensemble des astreintes auxquelles il avait été soumis ; que le salarié sollicitait le paiement de l'astreinte de jour et de nuit dès lors qu'il avait effectué seul des astreintes devant être réalisées à deux ; qu'en faisant droit à la demande du salarié, au seul prétexte qu'il était seul à être soumis aux astreintes quand ces dernières devaient être effectuées à deux, sans faire ressortir en quoi le salarié avait été soumis à une contrainte supplémentaire autre que celle à laquelle il était déjà soumis et pour laquelle il avait déjà été rémunéré, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3121-5 du code du travail dans sa version applicable au litige ;

3°/ que les juges ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner et analyser tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'en l'espèce, étaient versés aux débats les bulletins de salaire du salarié établissant qu'en août et septembre 2013, le salarié avait été absent pour

maladie; qu'en allouant au salarié une compensation mensuelle de 80 euros sur la totalité de la période de mars 2013 au 26 novembre 2013, sans à aucun moment s'expliquer sur les bulletins de salaire d'août et septembre 2013 établissant que le salarié avait été absent pour maladie sur cette période, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

4°/ que les juges ne peuvent pas dénaturer les conclusions des parties ; qu'en l'espèce, dans ses conclusions d'appel reprises oralement à l'audience, l'employeur avait souligné que le salarié sollicitait le paiement d'astreinte sur onze mois alors qu'il n'avait travaillé que du 4 février 2013 au 25 octobre 2013 et que son contrat avait été suspendu à plusieurs reprises pour arrêt maladie en août, septembre et octobre 2013 ; qu'en affirmant qu'il n'était pas discuté qu'à compter de mars 2013, le salarié avait effectué seul l'ensemble des astreintes, la cour d'appel a dénaturé les conclusions de l'employeur et partant a violé l'article 4 du code de procédure civile ;

Mais attendu que, sous le couvert de griefs non fondés de violation de la loi et de défaut de base légale, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve aux termes de laquelle la cour d'appel a constaté l'accomplissement d'astreintes n'ayant pas donné lieu à compensation financière et fixé en conséquence le montant de cette compensation ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le premier moyen, pris en ses autres griefs que ceux relatifs aux astreintes et à l'indemnité compensatrice de congés payés afférente :

Vu l'article L. 1224-1 du code du travail ;

Attendu que pour juger que le contrat de travail du salarié avait été transféré de plein droit à la société et la condamner en conséquence au paiement de sommes à titre de rappels de salaires, d'indemnité compensatrice de congés payés y afférent et d'indemnité de licenciement et à remettre au salarié une attestation pour Pôle emploi et un bulletin de salaire récapitulatif modifiés, l'arrêt retient que la société MTO Industries a perdu le marché de maintenance de l'établissement dans lequel le salarié travaillait et qu'il résulte des courriers adressés au salarié que l'ensemble du personnel de l'établissement et des éléments d'actifs corporels et incorporels nécessaires à l'exécution du marché ont été transférés à la société Cinétic service ;

Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs insuffisants à établir l'existence et le transfert d'une entité économique autonome, et notamment sans préciser quels éléments d'actifs corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation avaient été repris, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

Et attendu qu'en application de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation à intervenir sur le premier moyen entraîne la cassation par voie de conséquence du chef du dispositif critiqué par le deuxième moyen condamnant la société au paiement de sommes au titre d'un rappel de salaires et d'indemnité compensatrice de congés payés afférente ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il juge que le contrat de travail du salarié a été transféré de plein droit à la société Fives maintenance à compter du 1er février 2013, qu'il condamne en conséquence la société au paiement de sommes à titre de rappel de salaires et indemnité compensatrice de congés payés afférente et de complément d'indemnité de licenciement et qu'il condamne la société à remettre au salarié une attestation destinée à Pôle emploi et un bulletin de salaire rectificatif modifiés, l'arrêt rendu le 1er février 2018, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant ladite cour d'appel, autrement composée ;

Condamne M. G... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de la société Fives maintenance ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé et signé par M. Pietton, conseiller le plus ancien en ayant délibéré, conformément aux dispositions des articles 452, 456 et 1021 du code de procédure civile en remplacement du président empêché, en son audience publique du vingt-cinq septembre deux mille dix-neuf.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour la société Fives maintenance

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR infirmé le jugement entrepris sauf en ce qu'il a débouté le salarié de sa demande de rappel de salaire au titre des paniers repas et de sa demande de dommages et intérêts, d'AVOIR, statuant à nouveau, dit que le contrat de travail liant le salarié à la société MTO avait été transféré à la société Fives Cinetic devenue la société Fives Maintenance de plein droit en application de l'article L. 1224-1 du code du travail à compter du 1er février 2013 avec reprise d'ancienneté au 29 mai 2012, sur la base d'un taux horaire de 14,51 euros, d'AVOIR par conséquent condamné la société Fives Maintenance à payer au salarié les sommes de 1 719,60 euros au titre d'un rappel de salaire, de 171,96 euros au titre d'une indemnité compensatrice de congés payés en incidence, de 720 euros au titre du paiement de l'astreinte, de 72 euros au titre d'une indemnité compensatrice de congés payés afférente, de 803,26 euros au titre du complément de l'indemnité de licenciement, d'AVOIR rappelé que les sommes de nature salariale porteraient intérêts au taux égal à compter de la date de la réception par l'employeur de sa convocation devant le bureau de conciliation, les autres sommes, à caractère indemnitaire, porteraient intérêts au taux légal à compter de la décision qui les a allouées, d'AVOIR condamné la société Fives Maintenance à remettre au salarié une attestation destinée à Pôle Emploi et un bulletin de salaire récapitulatif conformes à l'arrêt dans un délai de deux mois à compter de sa signification, d'AVOIR condamné la société Fives Maintenance à payer au salarié la somme de 1 500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile et de l'AVOIR condamnée aux dépens de première instance et d'appel ;

AUX MOTIFS QUE « Sur l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail : Pour information de la décision entreprise et application des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail à son contrat de travail, M. L... G... fait essentiellement plaider qu'il n'y a jamais eu de rupture de son contrat de travail avec MTO mais transfert de celui-ci à la société Fives quand cette dernière a repris le marché de la poste perdu par MTO. La SAS fives Maintenance objecte qu'en réalité, M. L... G... a signé un nouveau contrat avec son nouvel employeur, sans reprise de l'ancienneté acquise avec l'ancien employeur, lequel n'avait ni informé la société Fives ni établi une quelconque convention à ce titre.

Aux termes de l'article L. 1224-1 du code du travail, lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.

Cet article, tel qu'interprété au regard de la directive communautaire n°2001-23 du 12 mars 2001, s'applique lorsqu'il y a transfert d'une entité économique conservant son identité.

Constitue une entité économique un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique essentielle ou accessoire qui poursuit des intérêts propres. L'article L. 1224-1 du code du travail est applicable lorsque sont transférés à la fois l'activité et les moyens organisés qui permettent de l'accomplir.

Le transfert des contrats de travail prévu par l'article L. 1224-1 du code du travail s'opère de plein droit.

L'article L. 1224-1 du code du travail est un texte d'ordre public qui s'impose aux salariés comme aux employeurs.

L'article L. 1224-1 du code du travail s'applique, même en l'absence d'un lien de droit entre les employeurs successifs, à tout transfert d'une entité économique conservant son identité dont l'activité est poursuivie ou reprise. En l'espèce, il est établi que la société MTO qui employait M. L... G... antérieurement au 31 janvier 2013, a perdu le marché de maintenance du centre de tri de la Poste d'Orly qui a été attribué à la société Fives Cinetic devenue Fives Maintenance à compter du

1er février 2013 et il résulte tant de la lettre datée du 28 février 2013 (pièce 3 du salarié) par laquelle la société Fives Cinetic informait M. L... G... de la conversion du solde des congés payés acquis auprès de son ancien employeur en jours ouvrés, que de la lettre datée du 23 janvier 2013 (pièce 17 du salarié) par laquelle la société MTO informait le salarié du transfert de l'activité des établissements de Creil et d'Orly à la société Fives Cinetic et de l'ensemble du personnel rattaché à ces deux établissements au sein de la société Fives Cinetic à compter du 1er février 2013, sans modification des éléments constitutifs du contrat de travail ainsi que des éléments d'actifs corporels et incorporels nécessaires à l'exécution du marché, que le contrat de travail de M. L... G... a été transféré de plein droit au sein de la société Cinetic Service au 1er février 2013, en application des dispositions d'ordre public de l'article L. 1224-1 du code du travail, l'argument selon lequel aucune convention tripartite n'aurait été signée étant à cet égard inopérant, étant au surplus relevé que la SAS Fives Maintenance s'abstient de fournir la moindre explication sur la convention de groupement momentané d'entreprises du 22 mars 2010 à l'origine du transfert de l'activité de maintenance sur les deux sites précités.

Il en résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'infirmar la décision entreprise de ce chef et de dire que sous couvert de la signature d'un contrat à durée indéterminée avec son nouveau salarié, la SAS Fives Maintenance ne pouvait en violation des dispositions précitées, ni s'abstenir de reprendre l'ancienneté acquise par le salarié, ni sous couvert de rémunération des temps de pause, réduire le taux de rémunération horaire du salarié » ;

1°) ALORS QUE les juges ne peuvent pas dénaturer les documents soumis à leur examen ; qu'en l'espèce, dans la lettre du 23 janvier 2013, la société MTO a informé le salarié de ce qu' « en vertu des dispositions prévues à la convention de groupement momentané d'entreprises entre Cinetic Service et MTO ISS du 22 mars 2010, l'activité des établissements de MTO IS CREIL et MTO IS Orly sera transférée à la société Cinetic Service. En conséquence, nous vous informons que l'ensemble du personnel rattaché à ces deux établissements sera transféré au sein de la société Cinetic Service à compter du 1er février 2013. Tous les éléments constitutifs de votre contrat de travail resteront inchangés lors du transfert de l'activité. Vous recevrez dans les plus brefs délais les documents légaux afférents à la cessation de votre contrat de travail au sein de la société MTO IS. Nous vous confirmons que nos services restent à votre disposition afin de vous accompagner dans le cadre de ce transfert » ; qu'à aucun moment, il n'a été indiqué que les éléments d'actifs corporels et incorporels nécessaires à l'activité de maintenance reprise par la société Fives Maintenance avaient été transférés à cette dernière ; qu'en affirmant que dans la lettre datée du 23 janvier 2013, la société MTO avait informé le salarié du transfert de l'activité des établissements de Creil et d'Orly à la société Fives Cinetic et de l'ensemble du personnel rattaché à ces deux établissements au sein de la société Fives Cinetic à compter du 1er février 2013, sans modification des éléments constitutifs du contrat de travail ainsi que des éléments d'actifs corporels et incorporels nécessaires à l'exécution du marché, la cour d'appel a dénaturé cette lettre en violation du principe interdisant aux juges de dénaturer les documents soumis à leur examen ;

2°) ALORS QUE l'article L. 1224-1 du code du travail, interprété à la lumière de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001, s'applique en cas de transfert d'une entité économique autonome, définie comme un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre et qui est suffisamment structurée et autonome, qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ; que pour dire que l'article L. 1224-1 du code du travail était applicable, la cour d'appel a retenu que la société Fives Maintenance avait repris le marché de maintenance du centre de tri de la Poste d'Orly, anciennement attribué à la société MTO qui employait le salarié, que dans un courrier du 28 février 2013, le nouvel employeur avait informé le salarié de la conversion du solde des congés payés acquis auprès de son ancien employeur et que dans un courrier du 23 janvier 2013, l'ancien employeur l'avait informé du transfert de l'activité de l'établissement d'Orly à la société Fives Maintenance et de l'ensemble du personnel attaché à cet établissement, ainsi que des éléments d'actifs corporels et incorporels nécessaires à l'exécution du marché ; qu'en statuant ainsi, sans caractériser l'existence d'une entité économique autonome de maintenance du centre de tri de la Poste à Orly constituée par un ensemble organisé de personnes et d'éléments d'exploitation poursuivant un objectif propre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1224-1 du code du travail ;

3°) ALORS QUE l'article L. 1224-1 du code du travail, interprété à la lumière de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001, s'applique en cas de transfert d'une entité économique autonome, définie comme un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre et qui est suffisamment structurée et autonome, qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ; que le transfert d'une telle

entité s'opère quand des moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de l'entité sont repris, directement ou indirectement, par un autre exploitant ; que pour dire que l'article L. 1224-1 du code du travail était applicable, la cour d'appel a retenu que la société Fives Maintenance avait repris le marché de maintenance du centre de tri de la Poste d'Orly, anciennement attribué à la société MTO qui employait le salarié, que dans un courrier du 28 février 2013, le nouvel employeur avait informé le salarié de la conversion du solde des congés payés acquis auprès de son ancien employeur et que dans un courrier du 23 janvier 2013, l'ancien employeur l'avait informé du transfert de l'activité de l'établissement d'Orly à la société Fives Maintenance et de l'ensemble du personnel attaché à cet établissement, ainsi que des éléments d'actifs corporels et incorporels nécessaires à l'exécution du marché ; qu'en statuant ainsi, sans caractériser que dans les faits il y avait eu transfert de personnel et d'éléments d'exploitation corporels ou incorporels significatifs, ni à tout le moins préciser quels éléments d'actifs corporels et incorporels avaient été transférés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1224-1 du code du travail ;

4°) ALORS QUE l'article L. 1224-1 du code du travail, interprété à la lumière de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001, s'applique en cas de transfert d'une entité économique autonome, définie comme un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre et qui est suffisamment structurée et autonome, qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ; que pour dire que l'article L. 1224-1 du code du travail était applicable, la cour d'appel a retenu que la société Fives Maintenance avait repris le marché de maintenance du centre de tri de la Poste d'Orly, anciennement attribué à la société MTO qui employait le salarié, que dans un courrier du 28 février 2013, le nouvel employeur avait informé le salarié de la conversion du solde des congés payés acquis auprès de son ancien employeur et que dans un courrier du 23 janvier 2013, l'ancien employeur l'avait informé du transfert de l'activité de l'établissement d'Orly à la société Fives Maintenance et de l'ensemble du personnel attaché à cet établissement, ainsi que des éléments d'actifs corporels et incorporels nécessaires à l'exécution du marché ; qu'en statuant ainsi, sans constater que l'entité économique autonome de maintenance du centre de tri de la Poste à Orly – à la supposer caractérisée - aurait conservé son identité, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1224-1 du code du travail ;

5°) ALORS par ailleurs QU'il incombe à celui qui invoque l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail d'établir que les conditions en sont remplies ; qu'en reprochant à la société Fives Maintenance de ne pas fournir d'explication sur la convention de groupement momentané d'entreprises du 22 mars 2010 à l'origine du transfert de l'activité de maintenance sur les sites de Creil et d'Orly, quand le salarié invoquait le transfert de plein droit de son contrat de travail, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble l'article 1315 du code civil, dans sa version antérieure à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR infirmé le jugement entrepris sauf en ce qu'il a débouté le salarié de sa demande de rappel de salaire au titre des paniers repas et de sa demande de dommages et intérêts, d'AVOIR, statuant à nouveau, dit que le contrat de travail liant le salarié à la société MTO avait été transféré à la société Fives Cinetic devenue la société Fives Maintenance de plein droit en application de l'article L. 1224-1 du code du travail à compter du 1er février 2013 avec reprise d'ancienneté au 29 mai 2012, sur la base d'un taux horaire de 14,51 euros, d'AVOIR par conséquent condamné la société Fives Maintenance à payer au salarié les sommes de 1 719,60 euros au titre d'un rappel de salaire, de 171,96 euros au titre d'une indemnité compensatrice de congés payés en incidence, de 720 euros au titre du paiement de l'astreinte, de 72 euros au titre d'une indemnité compensatrice de congés payés afférente, de 803,26 euros au titre du complément de l'indemnité de licenciement, d'AVOIR rappelé que les sommes de nature salariale porteraient intérêts au taux égal à compter de la date de la réception par l'employeur de sa convocation devant le bureau de conciliation, les autres sommes, à caractère indemnitaire, porteraient intérêts au taux légal à compter de la décision qui les alloue, d'AVOIR condamné la société Fives Maintenance à remettre au salarié une attestation destinée à Pôle Emploi et un bulletin de salaire récapitulatif conformes à l'arrêt dans un délai de deux mois à compter de sa signification, d'AVOIR condamné la société Fives Maintenance à payer au salarié la somme de 1 500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile et de l'AVOIR condamnée aux dépens de première instance et d'appel ;

AUX MOTIFS QUE « Sur les autres demandes de M. L... G... : - quant au rappel de salaire :

Pour information, M. L... G... expose qu'antérieurement au transfert il était rémunéré sur la base d'un taux horaire de 14,51 euros mais qu'en raison de la rémunération d'un temps de pause dont il n'a jamais bénéficié, il a toujours travaillé

6h50 de plus par mois, ramenant son taux horaire à 14,187 euros, soit une différence horaire de 0,323 euros dont il réclame le paiement.

La SAS Fives Maintenance rétorque que non seulement le salarié produit un calcul sur douze mois alors qu'il n'a été employé en réalité que 8 mois compte tenu de ses absences et de son préavis, mais que le cadre horaire auquel il était soumis, prévoyant la rémunération des temps de pause résultait de l'application de l'accord sur l'aménagement et la réduction du temps de travail dans l'entreprise.

Selon l'article L. 3121-10 du code du travail, la durée légale du travail effectif des salariés est fixée à trente-cinq heures par semaines civile.

Aux termes de l'article L. 3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; le juge forme sa conviction au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ;

Si la preuve des horaires de travail effectués n'incombe ainsi spécialement à aucun des parties et si l'employeur doit être en mesure de fournir des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures revendiquées, d'étayer sa demande par la production de tous les éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en apportant, le cas échéant, la preuve contraire ; La règle selon laquelle nul ne peut se forger de preuve à soi-même n'est pas applicable à l'étaiement (et non à la preuve) d'une demande au titre des heures réalisées et le décompte précis d'un salarié, qui permet à l'employeur de répondre en fournissant les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, est de nature à étayer la demande de ce dernier ;

En l'espèce, l'employeur qui entend en application de l'accord sur le temps de travail, rémunérer au delà du temps de travail effectif, les temps de pause permettant au salarié d'engager et de réaliser son travail dans de bonnes conditions, ne peut à raison de l'allongement du temps de présence dans l'entreprise qui en résulte, réduire de fait le taux de rémunération horaire dont il bénéficiait antérieurement, a fortiori sans produire l'accord précité dont il se prévaut. Il y a donc lieu d'infirmar la décision entreprise de ce chef et faute pour l'employeur de fournir le moindre élément concernant les arrêts de travail dont il fait état, de faire droit aux prétentions formulées à ce titre par M. L... G... qui a été employé du 1er février 2013 date du transfert de plein droit de son contrat de travail au 28 janvier 2014 terme de son préavis, tel qu'il est dit au dispositif » ;

1°) ALORS QUE la cassation à intervenir des dispositions de l'arrêt ayant dit que le contrat de travail liant M. G... à la société MTO avait été transféré à la société Fives Maintenance entraînera l'annulation du chef de dispositif ayant condamné la société Fives Maintenance à payer au salarié les sommes de 1 719,60 euros au titre de rappel de salaire et de 171,96 euros de congés payés y afférents, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QU'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments ; qu'en se bornant à affirmer que la règle selon laquelle nul ne peut se forger de preuve à soi-même n'est pas applicable à l'étaiement d'une demande au titre des heures réalisées et le décompte prévus d'un salarié, qui permet à l'employeur de répondre en fournissant les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, est de nature à étayer la demande de ce dernier, sans caractériser concrètement que les éléments produits par le salarié étaient suffisamment précis pour étayer sa demande de rappel de salaire comprenant le paiement de 6h50 prétendument réalisées chaque mois au delà de la durée légale de travail, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3171-4 du code du travail ;

3°) ALORS QUE le salarié ne peut prétendre au paiement de ses temps de pause que s'il justifie qu'il était alors à la disposition de son employeur et devait se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ; qu'en l'espèce, l'employeur faisait valoir que le salarié était rémunéré pour 36h50 hebdomadaires comprenant 1h50 de temps de pause ; que le salarié prétendait qu'il n'avait jamais bénéficié d'un temps de pause et qu'il avait, par conséquent, toujours travaillé 6h50 de plus par mois ; qu'en faisant droit à sa demande, sans à aucun moment constater que pendant ses temps de pause le salarié était à la disposition de son employeur et devait se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3121-1 du code du travail, dans sa version alors applicable ;

4°) ALORS QUE les juges ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner et analyser tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'en l'espèce, étaient versés aux débats les bulletins de salaire de M. G... établissant qu'en août et septembre 2013, le salarié avait été absent pour maladie (production n°6) ; qu'en affirmant que l'employeur ne fournissait pas d'élément concernant les arrêts de travail du salarié dont il faisait état, sans viser ni analyser serait-ce sommairement les bulletins de salaire d'août et septembre 2013, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 455 du code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR infirmé le jugement entrepris sauf en ce qu'il a débouté le salarié de sa demande de rappel de salaire au titre des paniers repas et de sa demande de dommages et intérêts, d'AVOIR, statuant à nouveau, dit que le contrat de travail liant le salarié à la société MTO avait été transféré à la société Fives Cinetic devenue la société Fives Maintenance de plein droit en application de l'article L. 1224-1 du code du travail à compter du 1er février 2013 avec reprise d'ancienneté au 29 mai 2012, sur la base d'un taux horaire de 14,51 euros, d'AVOIR condamné la société Fives Maintenance à payer au salarié les sommes de 720 euros au titre du paiement de l'astreinte, de 72 euros au titre d'une indemnité compensatrice de congés payés afférente, d'AVOIR rappelé que les sommes de nature salariale porteraient intérêts au taux égal à compter de la date de la réception par l'employeur de sa convocation devant le bureau de conciliation, les autres sommes, à caractère indemnitaire, porteraient intérêts au taux légal à compter de la décision qui les alloue, d'AVOIR condamné la société Fives Maintenance à remettre au salarié une attestation destinée à Pôle Emploi et un bulletin de salaire récapitulatif conformes à l'arrêt dans un délai de deux mois à compter de sa signification, d'AVOIR condamné la société Fives Maintenance à payer au salarié la somme de 1 500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile et de l'AVOIR condamnée aux dépens de première instance et d'appel ;

AUX MOTIFS QUE « - quant aux astreintes :

Pour infirmation et versement de la compensation des astreintes réalisées seul, M. L... G... soutient qu'il a effectué seul des astreintes qui devaient être réalisées à deux sans obtenir la compensation qu'il aurait dû percevoir à ce titre.

La SAS Five Maintenance réfute l'argumentation développée par le salarié, arguant de ce qu'il a été réglé des astreintes qu'il a réalisées, qu'il fait état d'astreinte de nuit qu'en réalité rien ne distingue des astreintes de jour et formule ses demandes sur douze mois alors qu'il ne justifie que de huit mois de travail effectif.

En l'espèce, il résulte des documents produits aux débats par M. L... G..., que les astreintes au centre de tri d'Orly étaient organisées de la manière suivante :

- du dimanche 8h00 au lundi 8h00,

- le lundi de 17h00 à 23h00,

- chaque jour du mardi au vendredi de 5h00 à 8h30 et de 17h00 à 23h, le samedi de 8h00 à 11h30 et de 17h00 à 20h00,

En outre, il n'est pas discuté qu'à compter de mars 2013, M. L... G... a effectué seul l'ensemble de ces astreintes,

l'employeur indiquant à cet égard que l'intéressé a pu être indemnisé pour avoir à la fois réalisé les astreintes de semaine et celle du fin de semaine, de même que M. L... G... n'est pas contredit quand il affirme qu'en principe les astreintes auraient dû être réalisées par deux salariés comme antérieurement au 1er mars 2013.

La réalisation d'astreinte en ce qu'elle consiste pour un salarié à se tenir à la disposition de son employeur pour réaliser les interventions qui s'avéreraient nécessaire au fonctionnement de l'entreprise, est de nature à affecter la liberté du salarié à vaquer à ses propres occupations.

Dès lors qu'il résulte de ce qui précède que les astreintes de semaine (6 heures le lundi soir et 9h30 les autres jours) de 42 heures ont été en totalité réalisées par M. L... G... de mars 2013 au 26 novembre 2013, alors qu'elles étaient antérieurement partagées par deux salariés, il y a lieu d'allouer à l'intéressé la compensation mensuelle de 80 euros sur la période de neuf mois précitée, soit la somme de 720 euros outre les congés payés afférents » ;

1°) ALORS QUE le silence à l'affirmation d'un fait ne vaut pas à lui seul reconnaissance de ce fait ; qu'en l'espèce, en retenant que le salarié n'était pas contredit quand il affirmait qu'en principe les astreintes auraient dû être réalisées par deux salariés comme antérieurement au 1er mars 2013, la cour d'appel a violé l'article 1315 du code civil dans sa version antérieure à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 ;

2°) ALORS QUE l'astreinte définie comme la période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir

pour effectuer un travail au service de l'entreprise, doit faire l'objet d'une compensation pour le salarié ; qu'en l'espèce, l'employeur faisait valoir que le salarié avait été indemnisé de l'ensemble des astreintes auxquelles il avait été soumis (conclusions d'appel de l'exposante p.6) ; que le salarié sollicitait le paiement de l'astreinte de jour et de nuit dès lors qu'il avait effectué seul des astreintes devant être réalisées à deux (conclusions d'appel adverses p.4) ; qu'en faisant droit à la demande du salarié, au seul prétexte qu'il était seul à être soumis aux astreintes quand ces dernières devaient être effectuées à deux, sans faire ressortir en quoi le salarié avait été soumis à une contrainte supplémentaire autre que celle à laquelle il était déjà soumis et pour laquelle il avait déjà été rémunéré, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3121-5 du code du travail dans sa version applicable au litige ;

3°) ALORS QUE les juges ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner et analyser tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'en l'espèce, étaient versés aux débats les bulletins de salaire de M. G... établissant qu'en août et septembre 2013, le salarié avait été absent pour maladie (production n°6) ; qu'en allouant au salarié une compensation mensuelle de 80 euros sur la totalité de la période de mars 2013 au 26 novembre 2013, sans à aucun moment s'expliquer sur les bulletins de salaire d'août et septembre 2013 établissant que le salarié avait été absent pour maladie sur cette période, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

4°) ALORS QUE les juges ne peuvent pas dénaturer les conclusions des parties ; qu'en l'espèce, dans ses conclusions d'appel reprises oralement à l'audience (arrêt p.3), l'employeur avait souligné que le salarié sollicitait le paiement d'astreinte sur 11 mois alors qu'il n'avait travaillé que du 4 février 2013 au 25 octobre 2013 et que son contrat avait été suspendu à plusieurs reprises pour arrêt maladie en août, septembre et octobre 2013 (conclusions d'appel de l'exposante p.6) ; qu'en affirmant qu'il n'était pas discuté qu'à compter de mars 2013, le salarié avait effectué seul l'ensemble des astreintes, la cour d'appel a dénaturé les conclusions de l'employeur et partant a violé l'article 4 du code de procédure civile.